

University of Groningen

Case note: ECLI:NL:GHARL:2013:8518 (Virtuele Boteringepoort): IEF 13309; Boek9, B9 12653

van den Hout, G.A.C.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2013

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

van den Hout, G. A. C., (2013). *Case note: ECLI:NL:GHARL:2013:8518 (Virtuele Boteringepoort): IEF 13309; Boek9, B9 12653*, Nr. ECLI:NL:GHARL:2013:8518, 3 blz., nov. 12, 2013.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Noot onder Hof Arnhem-Leeuwarden (Virtuele Boteringepoort)

Citeersuggestie: G.A.C. van den Hout, Noot onder Hof Arnhem-Leeuwarden (Virtuele Boteringepoort), [IEF 13309](#).

1. Op 12 november 2013 heeft het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden uitspraak gedaan in het geschil tussen de Gemeente Groningen en Efraïm Milikowski betreffende de inmiddels befaamd geworden virtuele Boteringepoort¹. Centraal in dit arrest staat de verhouding tussen het eigendomsrecht van de eigenaar van een kunstwerk en het recht van de maker van dat kunstwerk om zich te verzetten tegen de vernietiging daarvan. De feiten die de aanleiding vormden tot deze procedure veronderstel ik bekend en verwijs de lezer daarvoor naar r.o. 3.1 t/m 3.2.10 van dit arrest. Waar ik in deze noot met name de aandacht op wil vestigen is de bovenvermelde verhouding tussen het eigendomsrecht van de Gemeente en het verzetsrecht van Milikowski. Daarnaast zal ik nog een opmerking maken over de proceskostenveroordeling en het publieke belang dat in deze zaak speelde.

2. Sinds het arrest Jelles/Zwolle weten we dat de totale vernietiging van een auteursrechtelijk beschermd werk niet kan worden aangemerkt als een aantasting van het werk in de zin van art. 25 lid 1 sub d Aw.² Maar het arrest Jelles/Zwolle vertelt ons ook dat de vernietiging van een exemplaar van het werk misbruik van recht kan opleveren, dan wel anderszins onrechtmatig zijn jegens de maker. In dat kader besliste de Hoge Raad het volgende:

“Gaaf het om unieke exemplaren, zoals veelal bij gebouwen het geval is, dan kan van de eigenaar onder omstandigheden verlangd worden dat hij slechts dan tot vernietiging overgaat indien daarvoor een gegronde reden bestaat (...)”.

3. Conform de hoofdregel van art. 150 Rv legt het gerechtshof in r.o. 3.11 de bewijslast ter zake van misbruik van recht bij de maker door te oordelen dat Milikowski aannemelijk dient te maken dat zijn belangen door de verwijdering van het werk onevenredig worden geschaad. Over de eventuele aanwezigheid van een gegronde reden om tot vernietiging over te gaan, oordeelt het hof – mijns inziens terecht – dat van de Gemeente verlangd kan worden dat zij haar beslissing om het kunstwerk te verwijderen genoegzaam motiveert. Tot dusverre

niets bijzonders; de rechtsregel uit Jelles/Zwolle noopt de rechter tot een uitvoerige belangenafweging.

4. Maar dan komt r.o. 3.14. In deze overweging stelt de rechter dat in het kader van die belangenafweging “van doorslaggevend belang [is] of de Gemeente zich voldoende heeft ingespannen om het werk te behouden”. Zie ik het goed, dan stelt het hof hiermee een criterium dat niet terug te vinden is in Jelles/Zwolle. Een inspanningsverbintenis is immers iets anders dan een gegronde reden. Ik acht het zeer goed mogelijk dat de Gemeente zich onvoldoende heeft ingespannen om het werk te behouden, maar toch een gegronde reden heeft om tot vernietiging over te gaan. In casu valt de belangenafweging uit in het voordeel van de Gemeente. De Gemeente heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat de eenmalige investeringskosten om het kunstwerk weer volledig werkend te krijgen en de jaarlijks terugkerende onderhoudskosten aanzienlijk hoger zijn dan de realisatiekosten van het kunstwerk (r.o. 3.16).

5. Met enige voorzichtigheid interpreteer ik deze passage aldus, dat van een gegronde reden geen sprake zou zijn geweest indien de Gemeente – ter discretie van de rechter – onvoldoende zou hebben gespendeerd om het werk te behouden. Welbeschouwd betekent dit een behoorlijke beperking op het eigendomsrecht van de Gemeente. De maker kan de eigenaar dwingen om zich voldoende in te spannen het werk te behouden, hetgeen soms aanzienlijke kosten met zich mee kan brengen. Naar mijn mening gaat dit allemaal veel te ver.

6. Het gebruik van het eigendomsrecht is volgens art. 5:1 lid 2 BW begrensd:

“Het staat de eigenaar met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken, mits dit gebruik niet strijdt met rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen”.

7. In casu is de grondslag van de vordering van Milikowski misbruik van recht (art. 3:13 BW). Uiteraard is dit een wettelijk voorschrift, maar de concrete invulling van de belangenafweging wordt bepaald door regels van ongeschreven recht, evenals

¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 12 november 2013, [IEF 13230](#) (Gemeente Groningen tegen Milikowski)

² HR 6 februari 2004, LJN [AN7830](#), IER 2004, 19 m.nt. Grosheide (Jelles/Zwolle).

dat regels van ongeschreven recht bepalen of iemand handelt in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid in de context van art. 6:162 BW.³ Uiteindelijk is het antwoord op de vraag of het eigendomsrecht beperkt mag worden, gezien de rekkelijkheid van art. 3:13 en 6:162 BW, verweven met de feiten en afhankelijk van het oordeel van de rechter. In deze zaak achtte de voorzieningenrechter het belang van Milikowski sterker, het hof daarentegen heeft het belang van de Gemeente zwaarder doen wegen.⁴

8. Welke gevolgen mag men nu aan deze uitspraak verbinden? Ik houd het heel goed voor mogelijk dat eigenaren van kunstwerken verplicht kunnen worden deze in stand te houden voor een zeer lange tijd, wellicht tot in het einde der tijden. De onderhoudsverplichting komt pas tot een einde wanneer het belang van de eigenaar om het kunstwerk te vernietigen zwaarder gaat wegen dan het belang van de maker bij instandhouding. Volgens het hof is hiervan pas sprake wanneer de eigenaar zich voldoende heeft ingespannen om het werk te behouden. Dit is – blijkens r.o. 3.16 – bijvoorbeeld het geval wanneer de eigenaar voldoende aannemelijk maakt dat de herstel- en onderhoudskosten aanzienlijk hoger zijn dan de initiële realisatiekosten van het kunstwerk. Als de kosten van onderhoud echter veel lager liggen, dan kan de eigenaar gedwongen kunnen worden het werk in stand te houden. Immers, vernietiging is in een zodanig geval niet mogelijk (want in strijd met art. 3:13 BW) en uit art. 25 lid 1 sub d Aw volgt vervolgens dat instandhouding/herstel nodig is, opdat de eigenaar zich niet schuldig maakt aan misvorming, verminking of andere aantasting van het werk. Dit aspect, namelijk ‘indien geen recht op vernietiging, dan verplicht in stand houden’, wordt ook door Kabel signaleerd in zijn noot in *AMI* onder het vonnis van de voorzieningenrechter.⁵

9. Zoals ik reeds aangaf in punt 5 gaat dit mij allemaal veel te ver. Ik ben de mening toegedaan dat het hof een veel te beperkte uitleg geeft van het begrip ‘gegronde reden’ uit Jelles/Zwolle. Daar komt bij dat de Hoge Raad heeft aangegeven dat een gegronde reden slechts ‘onder omstandigheden’ hoeft te bestaan. Door het niet aanhalen ervan lijkt het hof

aan deze voorwaarde, anders dan de voorzieningenrechter, compleet voorbij te gaan (vgl. r.o. 3.11). Er is mij overigens geen jurisprudentie bekend waarin deze voorwaarde wél expliciet aan de orde is gekomen. Toch dient mijns inziens onverkort te worden aangenomen dat de bevoegdheid tot vernietiging het uitgangspunt is en dat de eigenaar slechts de aanwezigheid van een gegronde reden hoeft aan te voeren ‘onder bepaalde omstandigheden’ [gecursiveerde toevoeging, GvdH]. Van dergelijke omstandigheden kan bijvoorbeeld sprake zijn als de eer en goede naam van de kunstenaar in het geding is of als het te vernietigen object tevens een uniek, auteursrechtelijk beschermd werk is. Niettemin kunnen makers van kunstwerken met het onderhavige arrest in de hand betogen dat misbruik van recht jegens hen wordt gemaakt indien de onderhoudskosten van het werk relatief laag zijn.

10. Een tweede gevolg van deze jurisprudentie is niet zozeer juridisch als wel feitelijk economisch van aard. De beperking van het eigendomsrecht op (unieke) kunstwerken brengt de koper in een sterkere onderhandelingspositie bij de aanschaf ervan. Verwacht mag immers worden dat kopers een lagere koopprijs plegen te bedingen ter compensatie voor het verlies aan eigenaarsbevoegdheden. Voorts is het ten aanzien van de koper aanbevelenswaardig om in de contractuele fase te bedingen dat de verkoper/maker bij voorbaat afstand doet van zijn recht om vernietiging tegen te houden en van zijn recht om zich te verzetten tegen misvorming, verminking of andere aantasting van het werk (vgl. art. 6:160 BW). In dit verband deel ik de mening van Spoor, Verkade & Visser dat afstand in dit geval slechts begrensd wordt door art. 3:40 en 6:2/6:248 BW.⁶

11. Op grond van het voorgaande kan men terecht de vraag stellen of het beschermd zijn van het (kunst)werk op grond van het auteursrecht nog relevant is. Uiteraard zal niemand betwisten dat het in casu, de virtuele Boteringepoort, een auteursrechtelijke beschermd werk betrof.⁷ Maar indien dit niet het geval was, dan is het nog steeds mogelijk om een vordering te baseren op het gemeenrechtelijke art. 3:13 BW. Slechts een beroep op art. 25 lid 1 sub d Aw ter zake van instandhouding/herstel is dan niet meer mogelijk.⁸ Er

³ Stolker 2013 (*T&C Vermogensrecht*), aant. 3c bij art. 5:1 BW; De Groot, *GS zakelijke rechten*, art. 1 Boek 5 BW, aant. 59 en 63.

⁴ Vzr. Rb. Noord-Nederland 17 mei 2013, [IEF 12681](#), ECLI:NL:RBNNE:2013:CA0939, r.o. 4.6; Hof Arnhem-Leeuwarden 12 november 2013, [IEF 13230](#), ECLI:NL:GHARL:2013:8518, r.o. 3.14.

⁵ Vzr. Rb. Noord-Nederland 17 mei 2013, [IEF 12681](#), *AMI* 2013/4, p. 146.

⁶ J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 359.

⁷ Dit was ook niet in geschil (r.o. 3.9).

⁸ Alhoewel men evengoed kan betogen dat het recht op herstel mede door art. 3:13 en/of art. 6:162 BW gedekt wordt. Het praktische verschil tussen art. 3:13/6:162 BW enerzijds en art. 25 lid 1 sub d Aw anderzijds zit dan in de beperkte termijn waarbinnen een beroep op art. 25 lid 1

is dan ook geen wezenlijk verschil tussen de vernietiging van een onbeschermd werk en de vernietiging van een beschermd werk. Beide vormen van vernietiging kunnen met art. 3:13 BW bestreden worden.

12. De vraag naar de relevantie van de auteursrechtelijke bescherming van het te vernietigen werk doemt opnieuw op als we de proceskostenveroordeling in deze zaak analyseren. Het hof vernietigde het oordeel van de voorzieningenrechter dat Milikowski aanspraak kon maken op vergoeding van de volledige proceskosten conform art. 1019h Rv. Niet om de reden dat Milikowski bij het gerechtshof aan het kortste eind trok, maar omdat het geen rechtsstrijd betrof die gericht was op handhaving van IE-rechten. Een terecht oordeel. De handhavingsrichtlijn beperkt in art. 2 lid 1 het toepassingsgebied tot inbreuken op IE-rechten en daarvan is nu juist geen sprake: het auteursrecht van Milikowski met betrekking tot de virtuele Boteringespoort is uitgeput. Met de ontwikkeling van de jurisprudentie sinds het arrest Jelles/Zwolle kan men concluderen dat het recht omtrent vernietiging van (auteursrechtelijk beschermde) werken uit de context van het auteursrecht is gehaald en in die van het algemene privaatrecht is gevallen.

13. Tot slot nog een enkel woord over het publieke belang in deze zaak. Het heeft er namelijk alle schijn van dat het hof dit publieke belang heeft laten meewegen in zijn beslissing. In r.o. 3.14 noemt het hof het publieke belang namelijk als relevante factor bij de in het kader van art. 3:13 lid 2 BW te maken belangenafweging. En ook in r.o. 3.15 merkt het hof op dat de kosten voor reparatie en onderhoud uit publieke middelen moeten worden voldaan. Met de zienswijze van het hof dat het publieke belang een relevante factor is, kan ik mij niet verenigen. De gemeente treedt hier op als private partij en daarbij past niet dat de wederpartij (mede) de gevolgen voelt van de politieke verantwoordelijkheid die het desbetreffende overheidsorgaan draagt. Het al dan niet aanwezig zijn van een publiek belang dient dan ook nimmer een rol te spelen in de belangenafweging.

14. Concluderend kan ik opmerken dat de uitkomst van het arrest tot een – mijns inziens – wenselijk

resultaat heeft geleid. Slechts op de wijze waarop het hof tot zijn oordeel is gekomen, valt soms het een en ander af te dingen. Nu de virtuele Boteringespoort uit het stadsbeeld zal verdwijnen, zullen we moeten wachten tot het volgende geld-slurpende kunstobject voorwerp van geschil zal worden.

Gertjan van den Hout

sub d Aw mogelijk is, namelijk gedurende het leven van de maker, tenzij uiteraard conform art. 25 lid 2 Aw iemand is aangewezen aan wie de persoonlijkheidsrechten na de dood van de maker toekomen. Een ander praktisch verschil ligt verscholen in het vervallen van het recht zich op een persoonlijkheidsrecht te beroepen met het vervallen van het auteursrecht. Het recht om zich op art. 3:13 en/of art. 6:162 BW te beroepen kan natuurlijk niet vervallen; hooguit kan sprake zijn van rechtsverwerking.